Bureau of Competition Policy

Information

May 199

COMMUNICATION OF CONFIDENTIAL INFORMATION UNDER THE *COMPETITION ACT*

Industry Canada Industrie Canada

Canada

(Aussi disponible en français)

COMMUNICATION OF CONFIDENTIAL INFORMATION UNDER THE COMPETITION ACT

Canada

Disponible en français

May 1995

COMMUNICATION OF CONFIDENTIAL INFORMATION UNDER THE COMPETITION ACT

Introduction

This Statement articulates how the Bureau of Competition Policy (the "Bureau") treats the information it acquires in enforcing and administering the *Competition Act* (the "*Act*").[1] The Bureau is committed to treating such information responsibly and has maintained constant vigilance to avoid communicating confidential information while conducting investigations. The policy of the Director of Investigation and Research (the "Director") is one of minimizing the extent to which confidential information is communicated. Although the Director may be legally empowered to communicate information in a specific instance, he does not necessarily do so. Communication of confidential information is *not* the rule; it is the exception.

The Director investigates matters brought to his attention to determine if they raise issues of anticompetitive behaviour having an impact on the Canadian economy. Section 10 of the *Act* requires the Director to inquire "into all such matters as he considers necessary to inquire into with the view of determining the facts." This is stated without qualification as to how, substantively, the Director is to conduct those inquiries, although they are required to be conducted in private (i.e. not publicly). Section 10(3) prescribes the process that the Director must follow in conducting an inquiry. Section 10(3) provides that "All inquiries under this section shall be conducted in private." Thus, the process of an inquiry is to be held away from the public eye. In conducting his inquiries, the Director carries out his mandate in as private a manner as circumstances permit.

Under the Director, the Bureau reviews business behaviour and examines competition concerns by conducting investigations[2] encompassing the careful review of information, its analysis and integration into a comprehensive

---

[1] This document is a general statement of practice. It is not a binding statement of how the Director's discretion will be exercised in a particular situation. It supersedes all previous statements made by the Director or other officials of the Bureau. It does not discuss the treatment or communication of information once criminal proceedings have been initiated before the courts by the Attorney General. Similarly, the rules of procedure and rulings by the Competition Tribunal will govern the protection to be afforded to records and parties in a particular non-criminal matter before the Tribunal. Finally, it does not discuss "without prejudice", litigation, public interest or any other privileges which may be available to the Director (or other parties) and the circumstances under which he will consider invoking, or waiving, such privileges. This Statement is not intended to be a substitute for the advice of legal counsel. Interpretation of the law is ultimately the responsibility of the courts.

[2] "Investigations" refers to both "examinations" and "inquiries".

understanding of relevant issues and its consideration in the choice of an enforcement approach aimed at addressing any competition issues identified.

During its investigations, the Bureau collects a great deal of information from a variety of sources, providing a picture of the state of competition in a particular industry. Information typically includes historical and projected data on sales, profits and market shares, statements of competitive strategy, confidential contracts with customers and suppliers, detailed information on costs of production, and analyses of the competitive impact of firms and products on the market in question. This type of information is often commercially sensitive and, although more often than not it is provided on a voluntary basis, it may be obtained by the Director using formal powers under the *Act*. This information may be used to formulate questions and facilitate informed discussions with parties under investigation and third parties. Customers, competitors or suppliers are often contacted to provide information on such subjects as the definition of relevant markets, the nature and extent of barriers to entry and the role and significance in the market of individual competitors. All this is routinely done by the Bureau without communicating confidential information to those third parties.

Section 29 and Confidentiality

Section 29 provides specific protection from communication for certain types of information in the Director's possession, including the identity of any person from whom information was obtained pursuant to the *Act*, information obtained pursuant to the exercise of formal powers and that provided with a merger prenotification or request for an advance ruling certificate. Although confidential information not enumerated under section 29 does not enjoy the protection of any provision of the *Act*, given the generally sensitive nature of such information, it is the Director's practice to treat it as if it were covered by section 29.

The prohibition on communication of section 29 information does not apply where the information has already been made public. For example, section 29 does not apply when the parties who are the subject of an investigation release information publicly or when persons who provide information to the Director make their identity public. For instance, if contacted by the media or others to confirm information that is already public, the Director will generally do so. Section 29 also permits communication in two particular circumstances: to Canadian law enforcement agencies or "for the purposes of the administration or enforcement" of the *Act*.

Canadian Law Enforcement Agencies

For the most part, the Director has maintained an arm's length relationship with Canadian law enforcement agencies, with communication principally restricted to the redirecting of complaints when they fall within other agencies'

jurisdictions. Agencies receiving complaints falling under the *Act* also forward them to the Bureau. Should communication of information to a Canadian law enforcement agency be undertaken in relation to an investigation under the *Act*, communication generally occurs only to the extent required to enable the agency to provide the Director with the assistance sought. However, communication permissible under section 29 need not necessarily occur to advance any particular matter under the *Act* and may be done for the express purpose of assisting the Canadian law enforcement agency in carrying out its duties.

"Administration or Enforcement"

In the Director's view, the "administration or enforcement" exception to the prohibition against communicating section 29 information permits communication for the purposes of advancing a specific investigation being carried out pursuant to one or more sections of the *Act*.[3] Communicating such information to a foreign law enforcement agency, where the proposed communication is for the purpose of receiving the assistance or cooperation of that agency regarding a Canadian investigation, would fall within this exception as well.

Confidentiality Undertakings

The Director's ability to administer or enforce the *Act* may be impeded by acceding to requests from those voluntarily providing information to limit his ability to communicate that information. As a rule, such requests will not be granted, with exceptional instances being considered on a case-by-case basis. Parties providing information are, however, encouraged to make whatever submissions they wish on that information's commercial sensitivity.

International Mutual Legal Assistance

In the area of international mutual legal assistance, confidential information, whether or not it falls within section 29, is treated in the same manner. Requests under the auspices of a mutual assistance treaty such as the *Treaty between Canada and the United States on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, are administered by the Department of Justice according to the provisions of the treaty and its implementing legislation, the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*.[4]

In response to such a request, information in the Director's possession may be provided to a foreign law enforcement agency where the Bureau and the foreign

---

[3]It is possible that communication of section 29 information could occur on rare occasions when the Director is intervening, pursuant to his statutory authority, before regulatory agencies pursuant to sections 125 or 126. Such communication would occur when relevant to the intervention, but only where the information cannot be obtained through the regulatory body's own process. In this regard, it is noteworthy that such an instance has yet to occur.

[4]R.S.C. 1985, c. M-13.6.

agency are working on the same matter and where the Director determines that communication of the information to the foreign agency would assist him in advancing his investigation.

State-to-state exchanges of information are always made on a confidential basis. In addition, the information communicated in response to a formal request is provided only for the specific use and purpose identified in the request by the foreign agency.

Private Actions

Private parties wishing to claim damages and pecuniary compensation may initiate a private action pursuant to section 36 of the *Act*. No general right of access to records in the Director's possession is provided in the *Act*. To preserve the independence necessary to carry out his mandate effectively and to protect the integrity of the investigative process under the *Act*, the Director would not voluntarily provide information to persons contemplating or initiating a private action. The Director believes that the civil discovery process and subpoena mechanisms available to any private litigant following the filing of a motion before the courts are appropriate mechanisms to gain access to records, including those in the Director's possession.

The Director would oppose compliance with subpoenas for production of documents while an investigation is ongoing if compliance would have a potential to impede his investigation or otherwise undermine his ability to enforce the Act. Should the Director's opposition be unsuccessful, protective orders would be sought. Should a subpoena be served upon the Director after the investigation has been completed, it may be complied with once the action has been initiated and the information provider has been apprised of the request. Whether the Director would seek to invoke available privileges would be considered on a case-by-case basis.

Access to Information Act

The Director recognizes that persons providing information to the Bureau may be concerned that the information would be disclosed in response to a request under the *Access to Information Act*[5] (the ATIA). Section 24 of the ATIA specifically provides that information protected by section 29 of the *Competition Act* shall not be disclosed in response to an ATIA request.

Regarding confidential information not enumerated under section 29, the ATIA provides that the Minister may refuse to disclose investigative and commercially sensitive information. In the vast majority of circumstances, the Director would recommend that information falling within these exemptions not be disclosed. However, the Director does not have the final authority as to the treatment of

---

[5]R.S.C. 1985, c. A-1.

documents under the ATIA, nor can he provide undertakings or establish policies that would prevent the release of information under this statute.

Bureau de la politique de concurrence

Information

mai 1995

COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS EN VERTU DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

Industrie Canada Industry Canada

Canada

(Also available in English)

COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

Canada

Available in English

mai 1995

COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

Introduction

Le présent énoncé précise la façon dont le Bureau de la politique de concurrence (le «Bureau») traite l'information qu'il obtient dans le cadre de l'application et du contrôle d'application de la *Loi sur la concurrence* (la «*Loi*»)[1]. Le Bureau s'est engagé à traiter cette information de manière responsable et il fait preuve d'une vigilance constante pour éviter de communiquer des renseignements confidentiels pendant qu'il mène un examen. La politique du directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») consiste à communiquer le moins possible de renseignements confidentiels. Même si, dans un cas donné, le directeur peut, en vertu de la loi, communiquer des renseignements, il ne le fera pas nécessairement, la communication des renseignements confidentiels *n'*étant *pas* la règle, mais l'exception.

Le directeur enquête sur les affaires dont il est saisi afin de déterminer si elles comportent des agissements anticoncurrentiels ayant une certaine incidence sur l'économie canadienne. L'article 10 de la *Loi* prévoit que le directeur est tenu d'enquêter sur «toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits». Cette obligation ne s'accompagne d'aucune restriction quant à la manière dont, pour l'essentiel, le directeur doit mener ces enquêtes, si ce n'est qu'il doit le faire en privé, (c.-à-d. non publiquement). Le paragraphe 10(3) prévoit

---

1 Le présent document se veut un énoncé général de la pratique suivie par le directeur, qui remplace tous les énoncés antérieurs établis par le directeur ou par un autre dirigeant du Bureau. Il ne lie pas le directeur quant à la manière dont celui-ci exercera son pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée. Il n'aborde pas non plus la question du traitement ou de la communication de l'information après l'institution de poursuites criminelles par le procureur général. Ce sont les règles de procédure et les décisions du Tribunal de la concurrence qui régissent la protection des dossiers et des parties dans les instances civiles instruites par celui-ci. Finalement, le présent document ne traite pas des privilèges pouvant être invoqués par le directeur (ou par d'autres parties), comme ceux liés à la mention «sous toute réserve», au litige et à l'intérêt public, et il n'aborde pas non plus les circonstances pouvant lui permettre d'envisager de se réclamer de tels privilèges ou d'y renoncer. Le présent énoncé ne saurait se substituer à un avis juridique. Quant à l'interprétation de la loi, elle relève, en dernier ressort, des tribunaux.

le processus que le directeur doit suivre au cours d'une enquête. Le paragraphe 10(3) prévoit que «Les enquêtes visées au présent article sont conduites en privé». Ainsi, la procédure d'enquête doit se dérouler à l'abri des regards du public. Lorsqu'il mène ses enquêtes, le directeur s'acquitte de son mandat le plus possible en privé, selon les circonstances.

Sous la gouverne du directeur, le Bureau examine les pratiques commerciales ainsi que les inquiétudes qu'elles suscitent au sujet de la concurrence, dans le cadre d'un examen[2], ce qui englobe l'étude attentive des renseignements, leur analyse et leur synthèse en vue d'approfondir les questions soulevées, et enfin leur évaluation dans le but de choisir une méthode d'application visant à résoudre des problèmes constatés au chapitre de la concurrence.

Au cours de ses examens, le Bureau recueille une grande quantité de renseignements auprès de différentes sources, ce qui lui permet de brosser un tableau de l'état de la concurrence dans une industrie donnée. Les renseignements incluent habituellement des données sur le chiffre d'affaires, les profits et les parts de marché antérieurs et projetés, d'énoncés sur la stratégie concurrentielle, de contrats confidentiels liant des clients et des fournisseurs, de renseignements détaillés sur les coûts de production ainsi que d'analyses de l'incidence sur la concurrence qu'ont certaines entreprises ou certains produits sur le marché considéré. Souvent, de tels renseignements sont extrêmement délicats d'un point de vue commercial et, bien qu'ils soient fournis volontairement plus souvent qu'autrement, le directeur peut les obtenir en exerçant les pouvoirs formels que lui confère la *Loi* à cet égard. Ces renseignements peuvent servir à formuler des questions et à favoriser la tenue de discussions fructueuses avec les personnes visées par l'examen ainsi que des tiers. Il est fréquent que l'on se mette en rapport avec des clients, des concurrents ou des fournisseurs afin de se renseigner, par exemple, sur

---

2 «Examens» S'entend des «préenquêtes» et des «enquêtes».

les marchés pertinents, la nature et l'étendue des entraves à l'accès de même que le rôle et l'importance de concurrents en particulier sur le marché. Tout cela se fait automatiquement sans qu'il ne soit nécessaire que le Bureau communique des renseignements particuliers à des tiers.

L'article 29 et la confidentialité

L'article 29 accorde une protection particulière à certains genres de renseignements détenus par le directeur, comme l'identité d'une personne de qui des renseignements ont été obtenus en application de la *Loi*, l'information obtenue grâce à l'exercice d'un pouvoir formel et celle fournie de pair avec un préavis de fusionnement ou une demande de certificat de décision préalable. Les renseignements confidentiels non mentionnés à l'article 29 ne bénéficient de la protection d'aucune disposition de la *Loi*, mais étant donné le caractère généralement critique de tels renseignements, la politique du directeur consiste à tenir pour acquis qu'ils sont visés par l'article 29.

L'interdiction de communiquer l'information visée à l'article 29 ne s'applique pas lorsque les renseignements en cause sont devenus publics. Tel est le cas, par exemple, lorsque la personne visée par l'examen divulgue des renseignements ou lorsque la personne qui fournit de l'information au directeur rend son identité publique. Lorsque les médias ou d'autres tiers lui demandent, par exemple, de confirmer des renseignements rendus publics, le directeur accepte généralement de le faire. L'article 29 autorise également la communication à des organismes canadiens chargés du contrôle d'application de la loi ou «dans le cadre de l'application ou du contrôle d'application» de la *Loi*.

Organismes canadiens chargés du contrôle d'application de la loi

Pour l'essentiel, le directeur a préservé son indépendance vis-à-vis des organismes chargés du contrôle d'application de la loi, se contentant de communiquer de l'information principalement aux fins de renvoyer à d'autres organismes des

plaintes qui relèvent de leur compétence. À l'inverse, les organismes qui sont saisis de plaintes visées par la *Loi* les transmettent au Bureau. Lorsqu'il y a communication de renseignements à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi, relativement à un examen mené conformément à la *Loi*, seuls sont communiqués les renseignements nécessaires à l'organisme pour fournir au directeur l'aide demandée. Cependant, la communication autorisée à l'article 29 ne doit pas nécessairement permettre de faire progresser une affaire en particulier fondée sur la *Loi* et elle peut avoir lieu expressément aux fins d'aider un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi à s'acquitter de son mandat.

«Application ou contrôle d'application»

Selon le directeur, l'exception liée à «l'application ou au contrôle d'application» de la loi concernant l'interdiction de communiquer des renseignements visés à l'article 29 autorise la communication aux fins de la progression d'un examen mené sur le fondement d'une ou de plusieurs dispositions de la *Loi*[3]. Cette exception engloberait également la communication de tels renseignements à un organisme étranger chargé du contrôle d'application de la loi lorsque la communication projetée vise à faire en sorte que l'organisme collabore à un examen mené au Canada.

Engagements en matière de confidentialité

La capacité du directeur d'appliquer la *Loi* ou d'en contrôler l'application peut être entravée s'il est fait droit à la demande d'une personne qui fournit volontairement des renseignements à l'effet de limiter la communication de ceux-ci. La règle veut

---

3 Il est possible que la communication de renseignements visés à l'article 29 puisse avoir lieu à de rares occasions quand le directeur intervient, en application de son pouvoir statutaire, devant un organisme de réglementation en application des articles 125 et 126. De telles communications peuvent avoir lieu si elles sont pertinentes mais seulement si les renseignements ne peuvent être obtenus grâce aux moyens dont dispose l'organisme de réglementation. Il convient de souligner qu'un tel cas ne s'est jamais produit.

qu'une telle demande ne soit pas accueillie et que les cas exceptionnels soient examinés individuellement. Toutefois, la personne qui fournit des renseignements est incitée à faire valoir le caractère critique de ceux-ci sur le plan commercial.

Entraide juridique au palier international

Dans le domaine de l'entraide juridique au palier international, les renseignements confidentiels qu'ils soient ou non visés à l'article 29, sont traités de la même manière. Les demandes formulées en vertu d'un traité d'entraide tel que le *Traité d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique,* sont administrées par le ministère de la Justice conformément aux dispositions du traité et de sa loi d'application, la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*[4] .

En réponse à une telle demande, les renseignements dont le directeur dispose peuvent être communiqués à un organisme étranger chargé du contrôle d'application de la loi lorsque le bureau et l'organisme étranger travaillent à la même affaire et lorsque le directeur décide que la communication des renseignements à l'organisme étranger pourrait lui être utile dans le progrès de son examen.

L'échange de renseignements entre les états a toujours lieu sous le sceau du secret. L'information fournie au directeur par un organisme étranger est utilisé à la seule fin de l'application ou du contrôle d'application de la loi.

Actions privées

Le particulier qui désire obtenir des dommages-intérêts ou une indemnité financière peut intenter une action privée conformément à l'article 36 de la *Loi*. La *Loi* ne prévoit aucun droit d'accès aux dossiers que détient le directeur. Dans le but

---

[4] L.R.C. (1985), ch. M-13.6.

de préserver l'indépendance nécessaire à l'exercice efficace de son mandat ainsi que l'intégrité du processus d'un examen en vertu de la *Loi* , le directeur ne fournira pas volontairement des renseignements aux personnes qui intentent une action privée ou qui envisagent de le faire. Le directeur estime que les règles et les procédures régissant la communication de documents en matière civile et les mécanismes d'assignation de témoins qui s'offrent à toute partie à une action privée à la suite du dépôt d'une requête devant les tribunaux sont des mécanismes adéquats qui permettent d'avoir accès à des documents, y compris ceux qui sont détenus par le directeur.

Le directeur s'opposerait aux assignations pour production de documents pendant la tenue d'un examen lorsque le fait de s'y conformer comporte un risque de nuire à son examen ou diminuerait sa capacité de mettre en application la Loi. Advenant que l'opposition du directeur soit rejetée, une ordonnance préventive serait demandée. Lorsqu'une assignation est signifiée après que l'examen est terminé, le directeur peut y donner suite une fois que l'action est intentée et que le fournisseur des renseignements est informé de la demande. Le directeur décide d'invoquer ou non les privilèges disponibles en fonction des circonstances de chaque cas.

Loi sur l'accès à l'information

Le directeur admet que les personnes qui fournissent des renseignements au Bureau peuvent craindre que ces renseignements soient communiqués en réponse à une demande formulée en application de la *Loi sur l'accès à l'information*[5] (la «LAI»). Or, l'article 24 de la LAI prévoit expressément que les renseignements visés à l'article 29 de la *Loi sur la concurrence* ne peuvent être communiqués pour donner suite à une demande formulée sur le fondement de la LAI.

Pour ce qui concerne les renseignements confidentiels qui ne sont pas énumérés à l'article 29, la LAI prévoit que le ministre peut refuser de communiquer des renseignements liés à un examen ou qui sont critiques sur le plan commercial.

---

5 L.R.C. (1985), ch. A-1.

Dans la majorité des cas, le directeur recommanderait que les renseignements visés par ces exemptions ne soient pas divulgués. Cependant, le directeur n'a pas le dernier mot en ce qui concerne le traitement des documents en application de la LAI et il ne peut pas non plus prendre d'engagements ni adopter des principes à l'effet d'empêcher la communication de renseignements aux termes de cette loi.